

# La lectura mayoritaria del Estado de derecho\*

Roberto Gargarella

No hay otra majestad que aquella del pueblo.  
No hay otra soberanía que aquella de la ley.

Thomas Paine, 2/7/1791<sup>1</sup>

En este trabajo cuestionaré una visión común del «Estado de derecho» y, particularmente, de qué arreglos institucionales ponen al Estado de derecho en riesgo. De acuerdo con esta perspectiva, el Estado de derecho está estrechamente conectado con (lo que yo llamaré) sistemas políticos liberales (que, sintéticamente, están caracterizados por un sistema de frenos y contrapesos y derechos individuales protegidos por un Poder Judicial independiente). Además, muchos entre quienes defienden esta postura tienden a evaluar todos los movimientos hacia una democracia más mayoritaria como amenazas al Estado de derecho<sup>2</sup>. Normalmente, tales autores asumen que una democracia mayoritaria necesariamente resulta en un gobierno discrecional. Esta arbitrariedad sería el resultado de, básicamente, dos características que se asocian con la democracia mayoritaria: su tendencia a producir decisiones «precipitadas» y su incapacidad inherente para establecer controles institucionales adecuados, esto es, para establecer controles sobre la voluntad de la mayoría. Entonces, la democracia mayoritaria está direc-

\* Una versión anterior de este artículo fue publicada en Maravall, J. M. y Przeworski, A. (eds.) *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

<sup>1</sup> «Soy un ciudadano de un país que no conoce otra majestad que aquella del pueblo, ningún otro gobierno que aquél del cuerpo representativo, ninguna otra soberanía que aquella de las Leyes» (Paine 1995, p. 376).

<sup>2</sup> En lo que sigue utilizaré la expresión «sistemas mayoritarios» en un sentido similar a aquel que Thomas Jefferson utilizaba cuando se refería a la idea de «gobierno republicano». De acuerdo con Jefferson, el gobierno republicano era «pura y simplemente... un gobierno por sus ciudadanos en masa, actuando directa y personalmente, de acuerdo con reglas establecidas por la mayoría». Tomando en consideración esta definición general, Jefferson afirmó que los gobiernos eran «más o menos republicanos, a medida que tenían más o menos del elemento de elección popular y control en su composición». Similarmente, me referiré a la idea de «gobierno mayoritario» tomado en cuenta el ideal jeffersoniano de gobierno republicano. En este sentido, diré que un gobierno es más o menos mayoritario a medida que tenga más o menos del elemento de elección popular y control en su composición. Jefferson (1999).

tamente asociada con una «mayoría sin control», esto es, un régimen «populista» —en definitiva, la caída del Estado de derecho<sup>3</sup>—.

En lo que sigue trataré de mostrar que es posible defender un sistema político más mayoritario sin renunciar, al mismo tiempo, al ideal del Estado de derecho. En este sentido, afirmaré que hay un espacio amplio entre el sistema liberal de gobierno y el sistema «populista» —lo suficientemente amplio como para que sea posible defender un sistema mayoritario razonable—. En la primera sección de mi trabajo mostraré cómo comenzamos a correlacionar la noción de un sistema mayoritario con violaciones al Estado de derecho. Después, cuestionaré dos de los principales argumentos que se presentan para asociar el gobierno mayoritario con los poderes discrecionales. Por un lado, afirmaré que es posible tener una organización política mayoritaria sin abandonar el objetivo de adoptar decisiones deliberativas. Por otro lado, mostraré cómo esta organización política puede ser compatible con la idea de tener control sobre los representantes. Finalmente, sugeriré la importancia de agregar a esta lectura mayoritaria del Estado de derecho una preocupación clara sobre sus condiciones sociales previas.

## I. EL ESTADO DE DERECHO Y EL CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

En esta sección examinaré cómo comenzamos a asociar la idea de Estado de derecho con algunas de las características que actualmente distinguen a los sistemas políticos liberales. Consecuentemente, también exploraré cómo comenzamos a asociar una intervención popular más activa en política con amenazas al Estado de derecho.

Los sistemas políticos liberales, como los describiré, están caracterizados por la presencia de gobiernos representativos organizados por medio de una Constitución que es considerada la «ley suprema de la tierra». Las Constituciones liberales normalmente se dividen en dos partes, una que establece la organización del gobierno y otra que establece ciertos derechos inviolables. La primera parte usualmente organiza un sistema de frenos y contrapesos —un sistema que comúnmente incluye una legislatura bicameral (por ejemplo una Casa de Representantes elegida directamente y un Senado elegido indirectamente), veto Ejecutivo, y un Poder Judicial encargado de preservar la supremacía de la Constitución—. La segunda parte normalmente consiste en una lista de derechos civiles y políticos.

Ahora bien, para aquellos que asocian la organización política liberal con una organización en donde el Estado de derecho prevalece, cualquier desviación del sistema de frenos y contrapesos aparece como una amenaza seria en contra de la permanencia del Estado de derecho. Cualquiera de estas desviaciones parece abrir la puerta ya sea a la concentración de poder en manos de unos pocos, o a los excesos de la rama del poder «más peligrosa», a saber, la rama legislativa. Por

<sup>3</sup> En lo que sigue, usaré la expresión «régimen populista» (o «populismo», en general) para referirme al sistema de «mayorías sin control», esto es, un sistema donde la «voluntad mayoritaria» no encuentra limitaciones significativas y donde, consecuentemente, los derechos de las minorías se encuentran en serio riesgo.

lo tanto, en este tipo de situaciones, uno debe esperar que algunas de las características usualmente asociadas con el Estado de derecho serán violadas (por ejemplo, la estabilidad, la generalidad y no retroactividad de las leyes y la independencia del Poder Judicial)<sup>4</sup>. Durante los orígenes del Constitucionalismo, tanto en Estados Unidos como en Latinoamérica, los «padres fundadores» asumieron que el establecimiento del Estado de derecho estaba amenazado por dos males igualmente indeseables, descriptos como «el riesgo de la tiranía» y «el riesgo de la anarquía».

Comúnmente la idea de «tiranía» estaba asociada con la legislación británica (en los Estados Unidos) o la legislación española (en Latinoamérica)<sup>5</sup>. Algunos otros recurrían a la idea de «tiranía» para referirse a la «tiranía de la mayoría»<sup>6</sup>. Sin embargo, muchos preferían reservar la noción de «anarquía» para aludir al irrestricto gobierno de la mayoría. En los Estados Unidos la noción de «anarquía» fue comúnmente usada para describir el período que vino después de la independencia y antes del dictado de la Constitución Federal, cuando el gobierno nacional no había sido organizado todavía. En ese tiempo, muchos Estados parecieron estar dominados por «mayorías sin control» despreocupadas por el respeto de los derechos individuales. Por ello, y en ocasiones, los funcionarios del Estado eran descriptos como «meras criaturas de la masa»<sup>7</sup>. En Latinoamérica el término «anarquía» era normalmente utilizado para referirse a aquellas situaciones en donde lo que prevalecía era el gobierno de los caudillos<sup>8</sup>. Dado que los caudillos actuaban de modo arbitrario y movilizaban a numerosos grupos de gente, muchos comenzaron a vincular los abusos de poder existentes con la voluntad mayoritaria<sup>9</sup>.

Los liberales sostuvieron entonces que su ambición era la de confrontar ambas situaciones inaceptables, a saber, la preeminencia de la tiranía o de la anarquía: en ambos escenarios —así lo asumían— el gobierno tendía a actuar de modo discrecional y las decisiones tendían a ser tomadas por medio de impulsos repentinos y pasiones momentáneas<sup>10</sup>. La principal característica de las Constituciones liberales muestra la enorme importancia que los liberales atribuyeron al control de estos excesos previsibles. En efecto, el sistema de frenos y contrapesos intenta evitar la adopción de decisiones arbitrarias, caprichosas o repentinas, mientras que la declaración de derechos protege ciertos intereses individuales de los deseos momentáneos de la mayoría.

<sup>4</sup> Ver, por ejemplo, Raz (1977).

<sup>5</sup> James Wilson, por ejemplo, afirmó que «Donde el Ejecutivo realmente era el baluarte de la libertad, Rey y Tirano eran naturalmente asociados en las mentes de las personas; no legislatura y tiranía. Pero donde el Poder Ejecutivo no era formidable, las dos últimas eran más correctamente asociadas». Citado en Farrand (1937, vol. II, p. 301).

<sup>6</sup> De acuerdo con Alexander Hamilton, por ejemplo, «no hubo tiranía más opresiva» que aquella que emanó de «una mayoría victoriosa y autoritaria». Citado en Millar (1967, p. 158).

<sup>7</sup> Citado en Jensen (1967, pp. 118-121).

<sup>8</sup> En la mayoría de los casos, los caudillos eran (ex) oficiales militares que pelearon durante la guerra de la independencia y comenzaron a controlar partes del territorio nacional independiente. Ver Lynch (1992), Goldman y Salvatore (1998).

<sup>9</sup> Algunos ejemplos interesantes al respecto aparecen en Romero (1976).

<sup>10</sup> Ver Elster (1993).

Con la consolidación de la independencia, la amenaza de la tiranía se volvió menos intimidante, mientras que, a la inversa, la amenaza de la opresión mayoritaria se tornó más significativa. Las jóvenes democracias americanas, a nivel estatal, parecieron incapaces de proteger derechos: eran muy sensibles a los reclamos mayoritarios y muy insensibles a la protección de los intereses más básicos de cada individuo. Como resaltó el notable historiador Gordon Wood, «la voluntad de la gente expresada en las legislaturas representativas y en la que se confiara tanto a lo largo del período colonial, se volvió de repente caprichosa y arbitraria»<sup>11</sup>.

James Madison, el principal ideólogo de la Constitución de los Estados Unidos, defendió este documento como una alternativa a las constituciones de tipo «radical»<sup>12</sup> que habían prevalecido desde la independencia. En su opinión, el período de la post-independencia de constitucionalismo radical condujo al país a una situación de desorden comandada por legislaturas sin control. Esta visión se volvió manifiesta en su trabajo «Vices of the Political System», enormemente influyente durante el período de formación de los Estados Unidos. En ese trabajo Madison afirmó que los peores vicios del sistema político estaban relacionados con las actividades del Poder Legislativo, que producían leyes «múltiples», «mutables» e «injustas». En opinión de Madison:

No hay máxima, en mi opinión, que esté más expuesta a ser aplicada incorrectamente, y que por lo tanto más necesite elucidación que la corriente consistente en que el interés de la mayoría es el estándar político de lo correcto e incorrecto. Sería el interés de la mayoría en cada comunidad expoliar y esclavizar a las minorías de individuos; y, en una comunidad federal, hacer un sacrificio similar de la minoría de los Estados que la componen<sup>13</sup>.

Tiempo después, estas consideraciones fueron expuestas y desarrolladas en *El Federalista*, donde Madison asoció la supremacía de la voluntad de la mayoría con la supremacía de las facciones, y la supremacía de las facciones con la producción de leyes parciales o no neutrales. Finalmente, la supremacía de la voluntad mayoritaria apareció como sinónimo de un colapso del Estado de derecho: implicaba directamente, de acuerdo con muchos, el reemplazo del Estado de derecho por el gobierno de algunos, en su propio beneficio.

La desconfianza hacia la voluntad mayoritaria era más fuerte en Latinoamérica, por una variedad de razones. Algunos basaron sus sospechas en la falta de educación que afectaba a la mayoría de la población<sup>14</sup>; otros en la falta de prácti-

<sup>11</sup> Wood (1969, pp. 405-6).

<sup>12</sup> Utilizo este término de acuerdo con su uso corriente durante ese período, es decir, cuando el pensamiento político conservador del siglo diecisiete era comparado con el pensamiento político radical opuesto.

<sup>13</sup> Carta a James Monroe, 5 de octubre de 1786, en Madison (1975, vol. 9, pp. 140-2).

<sup>14</sup> Entre muchos otros, Vicente Rocafuerte, quien llegó a ser Presidente de Ecuador, justificó su desconfianza en la democracia debido al «atraso moral e intelectual» de la mayoría de los ecuatorianos. Citado en Reyes (1931, pp. 143-4). El enormemente influyente Diego Portales, quien también fue Presidente de su país, Chile, afirmó que la democracia era «un absurdo en los países de América Latina, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecían de cualquiera de las virtudes requeridas por una República genuina». Ver Portales (1937, vol. 1, p. 177).

ca democrática que distinguía estas nuevas sociedades (algo que no era similarmente verdadero, por ejemplo, en los Estados Unidos); algunos otros (por ejemplo Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento en Argentina después de la extendida dominación del caudillo Juan Manuel de Rosas) basaron su desconfianza hacia el gobierno de la mayoría en la (polémica) asociación que establecieron entre el gobierno del caudillo y la democracia; y otros más, en sus miedos de que las mayorías adoptaran decisiones contrarias a los intereses de la Iglesia Católica<sup>15</sup>.

A pesar de estas diferencias «internas», la verdad es que la mayoría de las constituciones liberales adoptadas en Latinoamérica durante el siglo diecinueve fueron concebidas dentro de un clima desfavorable hacia la democracia mayoritaria. Nuevamente, la democracia mayoritaria apareció asociada con la producción de normas «repentinas», «no moderadas» y, finalmente, «irracionales» que amenazaban los derechos de los grupos minoritarios.

En suma, tanto en Estados Unidos como en Latinoamérica encontramos una tendencia a identificar el Estado de derecho con un modelo de constitucionalismo particular (liberal); así como una tendencia a evaluar todos los movimientos en la dirección de una democracia más mayoritaria como apartamientos prohibidos del Estado de derecho.

Ahora bien, no es obvio que la única alternativa democrática al constitucionalismo liberal sea la del «populismo», esto es, un sistema de voluntad mayoritaria sin restricciones, irrespetuosa de los derechos de las minorías. Esto no parece ser cierto, ya sea como una proposición teórica o como una descripción de la práctica legal en América. De hecho, defenderé que existe bastante espacio entre los liberales y la propuesta constitucional extrema populista que los liberales exitosamente atacaron y vencieron. En lo que sigue, exploraré la posibilidad de sostener tanto un sistema institucional mayoritario, como los derechos individuales.

## II. LA CONSTITUCIÓN MAYORITARIA Y LA DEFENSA DE UN DEBATE PÚBLICO JUICIOSO

En esta sección desafiaré algunas asunciones que exploramos en las páginas anteriores. En particular, afirmaré que la defensa de un sistema político más mayoritario no implica abandonar el ideal de un proceso de toma de decisiones que requiera pensar cuidadosamente las cuestiones.

Puede valer la pena comenzar esta sección afirmando lo siguiente: los liberales defienden orgullosamente el esquema de frenos y contrapesos mostrando los incentivos que provee para la toma de decisiones bien razonadas y pensadas —virtudes que, aparentemente, cualquier sistema alternativo tendría problemas para

<sup>15</sup> Esta fue, por ejemplo, la opinión de Juan Egaña, probablemente el pensador legal más influyente en el siglo diecinueve en Chile, quien acompañó su influyente proyecto constitucional de 1823 con un «Código Moral» diseñado estrictamente para regular la vida moral de los chilenos. Similarmente, Bartolomé Herrera afirmó que «la gente... no tiene capacidad ni derecho a legislar. Las leyes son principios eternos fundados en la propia naturaleza de las cosas, principios que no pueden ser claramente percibidos excepto por aquellos [científicamente entrenados]». Citado en Basadre (1969, pp. 217-8).

asegurar—. Las razones por las cuales un sistema de frenos y contrapesos favorece la adopción de estas decisiones virtuosas son diversas. Por un lado, la existencia de múltiples controles hace más lento el proceso de toma de decisiones, algo que parece muy importante cuando se consideran los males que razonablemente se asocian con las decisiones «precipitadas», «repentinadas» e «impulsivas». Por otro lado, el hecho de que las leyes tengan que ir «hacia atrás y hacia adelante» (es decir, de una cámara a la otra, y nuevamente a la cámara anterior) parece importante para obligar a los funcionarios públicos a «pensar dos veces» sobre lo que harán. Cualquier iniciativa legislativa, podemos decir, necesita ser reflexionada cuidadosamente y el sistema de frenos y contrapesos provee buenos incentivos en esta dirección. Finalmente, uno puede decir que es importante que todos los proyectos legislativos sean objeto del escrutinio de muchos «ojos» diferentes: estos «ojos» diferentes pueden ayudar a «refinar» el contenido de los proyectos, agregando o modificando aspectos que (por cualquier razón) no fueron inicialmente considerados. Esto es lo que Madison defendió, por ejemplo, cuando propuso «dividir la confianza entre distintos grupos de hombres, quienes pueden vigilarse y controlarse mutuamente»<sup>16</sup>.

De hecho, muchos radicales resistieron la posición liberal, pero no porque ignoraran la importancia de los argumentos previos. Lo que dijeron, en su lugar, fue que había otros valores significativos que el sistema político tenía que respetar en primer lugar. Pero sobre todo, muchos de ellos creían que el modelo institucional liberal era muy complejo y que la Constitución debía ser clara, simple y fácilmente comprendida. También, y en conexión con el argumento previo, muchos afirmaron que el sistema de controles múltiples generaba confusión respecto de qué órgano cumplía cuál función. Al respecto, y de acuerdo con muchos radicales, el sistema de frenos y contrapesos parecía ser muy riesgoso. Otros atacaron la propuesta liberal afirmando que el establecimiento de controles promovía una situación de estancamiento político o, en los peores casos, un estado de «guerra» entre las distintas ramas de poder. Nathaniel Chipman, por ejemplo, previó un estado de tensión permanente entre los diferentes intereses en juego como resultado de los propuestos frenos y contrapesos. Chipman describió esta situación como una de «guerra permanente entre cada [interés] contra el otro, o en el mejor caso, una tregua armada asistida con negociaciones constantes y combinaciones cambiantes como para prevenir la destrucción mutua; cada parte a su turno uniéndose con su enemigo en contra de un enemigo más poderoso»<sup>17</sup>. Los radicales también podrían haber dicho que la importancia de establecer controles no justificaba el establecimiento de *cualquier* control. Veremos, en este sentido, que muchos de ellos simplemente propusieron adoptar *otros* tipos de controles del poder. Además, ellos podrían afirmar que era un defecto (y no una virtud del sistema) dejar la producción legislativa en «demasiadas manos»: ¿no se transformarían estas leyes en remiendos inaceptables? A pesar de que la mayoría de estos argumentos fueron usados correctamente durante los debates constitucionales originales, creo que, para muchos radicales, el principal objeto de preo-

<sup>16</sup> Farrand (1937, vol. 1, pp. 421-2). Ver también Elster (1993).

<sup>17</sup> Chipman (1833, p. 171).

cupación residía en otro lugar: ellos querían preservar su compromiso con la regla de la mayoría y consideraban que el sistema liberal no la honraba correctamente<sup>18</sup>.

En lo que sigue, ilustraré la posibilidad de defender, por medio de una serie de ejemplos, el ideal radical de tener tanto un sistema mayoritario como debates juiciosos. En particular, haré referencia al caso del Estado de Pennsylvania después de la independencia. Este caso es particularmente interesante porque la Convención Constitucional de Pennsylvania estaba influenciada por una forma radical de pensamiento promovida, entre otros, por Thomas Paine. Siguiendo iniciativas radicales comunes, Paine sugirió (entre otras cosas) establecer un sistema unicameral fuerte, algo que inmediatamente despertó diversas críticas. Pero sobre todo, muchos creían que esta iniciativa solamente favorecería la adopción de medidas «precipitadas» y «opresivas».

Ahora bien, los padres de la Constitución de Pennsylvania (la Constitución radical más influyente desde la independencia americana) eran completamente conscientes de la necesidad de garantizar una discusión apropiada y prevenir decisiones repentinas en un nivel legislativo. Sin embargo, ellos querían «enfriar» los debates legislativos sin poner en peligro el carácter mayoritario de la Constitución. Por ejemplo, y como resultado de estas creencias, ellos escribieron en la Sección 15 de su documento constitucional que

con el objeto de que las leyes antes de ser sancionadas puedan ser consideradas de una madera más madura, y prevenir lo más posible la inconveniencia de decisiones repentinas, todas las declaraciones de naturaleza pública deben ser impresas para la consideración de la gente antes de ser leídas en la asamblea general por última vez para su debate y enmienda; y, excepto en las ocasiones de necesidad repentina, no deben ser sancionadas las leyes hasta la próxima sesión de la asamblea; y para la satisfacción más perfecta del público, las razones y motivos de sancionar estas leyes deben ser completa y claramente expresados en los preámbulos<sup>19</sup>.

De modo similar, Thomas Paine reconoció la importancia de promover discusiones legislativas más serenas, pero afirmó la posibilidad de conseguir esa meta sin renunciar, al mismo tiempo, a los rasgos mayoritarios de la Constitución (en este caso, particularmente, la legislatura unicameral). Él sostuvo:

Para remover la objeción en contra de una sola cámara (esa de actuar demasiado rápido e impulsivamente), y al mismo tiempo evitar las inconsistencias, en algunos casos absurdos, que nacen de dos cámaras, el siguiente método fue propuesto como una mejora sobre ambos. Primero, tener una representación. Segun-

<sup>18</sup> Una forma (no muy atractiva pero común) de defender esta posición era una basada en la asunción rousseauncana de acuerdo con la cual la voluntad de la gente es solamente una y, consecuentemente, indivisible.

<sup>19</sup> Ver «Pennsylvania Constitution of 1776» en Blaustein y Sigler (1988, pp. 29-30). Una versión previa del proyecto exigía que cada declaración fuera leída tres veces, en tres días diferentes, antes de remitirlo a la próxima sesión. Al final, los pennsylvanos no incluyeron estas últimas previsiones, asumiendo que eran excesivas, dadas otras precauciones que ya habían adoptado. Ver Shaeffer (1974, pp. 420-1).

do, dividir la representación, por grupos, en dos o tres partes. Tercero, cada declaración propuesta debe ser primero debatida en esas partes sucesivamente, quienes pueden convertirse en oyentes de las otras partes, pero sin tener ningún voto. Después de esto, toda la representación debe reunirse para un debate general y una determinación por medio del voto<sup>20</sup>.

La preocupación de los radicales por asegurar un intercambio de razones apropiado<sup>21</sup> era acompañada por una preocupación seria por el valor de la publicidad. Los radicales querían que los debates legislativos estuvieran abiertos a la gente<sup>22</sup>, que los proyectos legislativos fueran conocidos y discutidos por el pueblo, y que las motivaciones de las leyes fueran claramente identificables por la ciudadanía<sup>23</sup>. A pesar de las muchas críticas que recibieron<sup>24</sup>, los radicales dejaron en claro que ellos no ignoraban la importancia de tener debates «calmados» y bien pensados, y demostraron que ellos estaban bien preparados para darle una nueva forma a sus propuestas con el objeto de garantizar esos valores<sup>25</sup>.

Los ataques que, de modo habitual, presentaron los radicales contra el sistema de frenos y contrapesos no implican (e históricamente no implicaron) restarle importancia al objetivo de alcanzar discusiones reflexivas. Como vimos, si ellos adoptaron una posición crítica contra los frenos y contrapesos —durante los

<sup>20</sup> Blaustein y Sigler (1988, pp. 299-300).

<sup>21</sup> Muchos de ellos propusieron usar cada ocasión posible «para conectar, mezclar y entremezclar el pueblo, que varía grandiosamente en su origen, lenguaje y costumbres». *Pennsylvania Packet*, Sept. 20, 1783.

<sup>22</sup> La Constitución de Pennsylvania estableció que «las puertas de la cámara en donde los representantes de los hombres libres de este Estado se sienten en asamblea general deberán estar y permanecer abiertas para la admisión de todas las personas que se comporten decentemente, excepto sólo cuando el bienestar de este Estado requiera que esa puerta fuera cerrada».

<sup>23</sup> El notable federalista Noah Webster, por ejemplo, criticó la Constitución de Pennsylvania y su preocupación por la publicidad. En su opinión, el requisito de que «una declaración sea publicada para la consideración del pueblo, antes de que sea sancionada como ley... aniquila a la legislatura, y la reduce a un cuerpo consultor». De modo adicional, afirmó, este requerimiento «lleva el espíritu de la discusión [a todos los ámbitos]... y el calor de las distintas opiniones... a través del Estado de Pennsylvania». De este modo, juzgó que las «semillas de la disensión son sembradas en la constitución». Webster (1788, pp. 34 y 47).

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, la crítica de John Adams a las propuestas de Thomas Paine. Ver, al respecto, Adams (1946, pp. 77-114); Baylin (1922, pp. 290-3); Walsh (1969, cap. 5). Ver, también, Benjamin Rush afirmando «¡pobre Pennsylvania! ... llaman a esto una democracia —una muchedumbre gobernante, en mi opinión, sería más correcto—. Todas nuestras leyes respiran el espíritu de las asambleas vecinales y las reuniones en tiendas barriales». Citado en Butterfield (1951, p. 244). Adicionalmente, ver las objeciones de Fisher Ames al trabajo de Thomas Paine. De acuerdo con Ames, «los escritos del Sr. Thomas Paine abundan con este tipo de falsedades engañosas y verdades pervertidas. De todas estas doctrinas, quizás, ninguna haya creado más agitación y alarma que aquella que proclama que todos los hombres son libres e iguales. [La gente] creía que haciendo soberana su pasión y la de los otros hombres, deberían invertir al hombre con perfección inmediata; y respirar en su libertad regenerada un espíritu etéreo que nunca moriría... Con opiniones tan salvajes, y pasiones tan feroces, el espíritu de la democracia fue sublimado hasta la extravagancia». Ames (1983, vol. 2, pp. 208-9).

<sup>25</sup> Situaciones análogas aparecieron en Latinoamérica relacionadas con algunas de sus constituciones más radicales. Típicamente eso fue lo que pasó en Perú, donde la Constitución de 1867 —la Constitución más radical aprobada en el país durante el siglo diecinueve— intentó tanto asegurar discusiones legislativas adecuadas como hacerle honor al principio de la mayoría. En efecto (y entre otras cosas) la Constitución de 1867 extendió los derechos políticos, estableció un sistema de elecciones muy frecuentes y mandatos cortos y una legislatura unicameral. Entonces, intentado confrontar las críticas de que la Constitución promovía la adopción de «decisiones repentinas», estableció que «los proyectos legislativos o resoluciones de interés general no estarán abiertas al voto hasta después de una segunda discusión legislativa, que no tomará lugar no antes de tres días después de la finalización de la primera». En este caso, como en el de Pennsylvania, los radicales hicieron un esfuerzo por demostrar que sus iniciativas no estaban dirigidas a establecer un régimen «populista», sino, al contrario, a fortalecer el carácter democrático de la sociedad. Paz-Soldán (1954, p. 263).



orígenes del constitucionalismo— esto fue un resultado de otros argumentos razonables. Entonces, cuando reconocemos este punto, ya no es aceptable asociar el mayoritarismo con el reino de la «locura» o la «furia». Un gobierno mayoritario puede ser (y en muchos casos fue pensado para ser) compatible con una preocupación seria por debates juiciosos.

### III. LA CONSTITUCIÓN MAYORITARIA Y LOS CONTROLES SOBRE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

En esta sección, desafiare una segunda objeción al gobierno mayoritario, a saber, la que dice que tal tipo de gobierno no le da importancia a los controles sobre los funcionarios públicos. Creo que muchos radicales como también muchos liberales han estado preocupados, correctamente, por controlar el poder. Ambos grupos han intentado evitar los abusos de poder, manteniendo cada rama de poder dentro de sus propios límites, y —lo que finalmente es más importante— asegurando la protección de los derechos individuales. Sin embargo, a pesar de que ambos temían los abusos de poder, los liberales le tenían miedo particularmente (a lo que ellos consideraban como) la expansión constante y peligrosa del poder legislativo sobre las otras ramas (*usurpaciones legislativas*), mientras que los radicales parecían tenerle más miedo a la separación gradual entre el pueblo y los representantes (*alineación política*) y el consecuente uso de las posiciones públicas para propósitos privados. El poder, creían los radicales, «con frecuencia convierte al buen hombre en la vida privada en un tirano en la oficina»<sup>26</sup>. Como resultado de estas distintas preocupaciones, los liberales y los radicales defendieron y propusieron distintos tipos de controles institucionales. Los liberales propusieron la adopción de controles más «internos» o «endógenos», mientras que los radicales favorecieron los más «externos» o «exógenos».

Es importante reconocer estas diferentes posturas sobre qué *controles institucionales son necesarios*, porque muchos liberales presentaron, y todavía presentan, la posición de sus oponentes como una falta de preocupación por el control de los funcionarios públicos. Concedido, muchos radicales rechazaron la propuesta liberal de un sistema de frenos y contrapesos. Sin embargo, aún admitiendo esto, no sería verdad que la mayoría de los radicales, realmente, tenía la actitud irresponsable que sus oponentes les atribuían: la mayoría de los radicales no creía que las decisiones mayoritarias no necesitaban controles porque, por ejemplo, la mayoría decidía siempre correctamente. Al contrario, ellos aceptaban que todas las decisiones públicas requerían de controles y que los mejores controles eran los que provenían de la masa del pueblo —algo que, en muchos casos, venía acompañado de una fuerte sospecha del propósito real y el efecto de los mecanismos contramayoritarios—. Samuel Williams de Vermont, por ejemplo, expuso claramente esta postura. Afirmó: «la seguridad del pueblo no se deriva de la aplicación bella e ideal del sistema de frenos y contrapesos, y de los poderes mecánicos, entre las diferentes partes del gobierno, sino de la responsabilidad y dependencia

<sup>26</sup> «Demophilus» (1776, p. 5).

de cada parte del gobierno, sobre el pueblo». Para la gente que compartía esta postura, la idea básica era que «las ramas del gobierno deberían estar separadas entre sí y cada una debería responder directamente al pueblo y no a las otras ramas»<sup>27</sup>.

Aquellos que afirmaron esta posición recomendaron enfatizar los controles «exógenos» o externos asumiendo (al contrario que sus oponentes) que el principal mal a remediar era «la tiranía de la minoría». «Tan pronto como el poder delegado se aleja de las manos del poder constituyente –afirmaban– la tiranía se establece en algún grado»<sup>28</sup>.

Para asegurar esos controles externos, sugirieron adoptar una variedad de mecanismos institucionales. La mayoría de ellos defendían el principio de elecciones anuales y directas para la mayoría de las posiciones públicas. Sin embargo, ellos también asumieron «la insuficiencia de la elección... para asegurar la libertad política»<sup>29</sup>, algo que les llevó a proponer la adopción de mecanismos institucionales adicionales. Entonces, y por ejemplo, propusieron el establecimiento de una rotación obligatoria para la mayoría de los funcionarios de gobierno más importantes. Algunos fueron inclusive más lejos y afirmaron el derecho de destruir a los representantes junto con el derecho a removerlos en casos extremos<sup>30</sup>. Ahora bien, no necesitamos apoyar todas estas medidas para reconocer la importancia del punto subyacente, que es que la defensa del principio de la mayoría no necesariamente requiere no dar importancia a establecer controles sobre el poder.

¿Es posible decir, sin embargo, que (a pesar de sus posibles ventajas) los controles externos son incapaces de prevenir las usurpaciones legislativas? Esta, de hecho, era la posición de Madison en *El Federalista* n° 49, cuando hizo referencia a la «tendencia de los gobiernos republicanos» hacia un «engrandecimiento de la legislatura, a expensas de los otros departamentos». En ese trabajo, Madison se opuso a la iniciativa jeffersoniana de resolver todos los conflictos institucionales importantes recurriendo a una convención popular<sup>31</sup>. Sin embargo, los argumentos de Madison en contra de esta iniciativa mayoritaria no fueron persuasivos. En primer lugar, como afirmó Robert Dahl, no es obvio que las «elecciones populares (y partidos contrarios)» hayan sido insuficientes para prevenir males como las usurpaciones»<sup>32</sup>. Además, no es obvio, como Madison afirmaba, que la estrategia de Jefferson haya contribuido a socavar la respetabilidad del gobierno

<sup>27</sup> Ver Vile (1991, p. 678).

<sup>28</sup> Thomas Young, de Vermont, citado en Sherman (1991, p. 190).

<sup>29</sup> Además, Taylor consideró que esto, la única protección retenida por la gente, era, al final, también diluida por la existencia de mandatos por largos períodos. Para contrarrestar esto propuso retornar al viejo principio anglosajón de acuerdo con el cual «la tiranía comienza cuando las elecciones anuales terminan». Él que afirmó que «lo opuesto a esta máxima, en el mandato del presidente y los senadores de los Estados Unidos, puede ser posiblemente... mortal para nuestra política». Taylor (1814, pp. 170 y 226).

<sup>30</sup> Para ver cómo estas medidas fueron incorporadas en las Constituciones radicales de la década de 1770, Lutz (1988). Para un análisis contemporáneo e interesante de los mecanismos de democracia directa, ver Cronin (1999).

<sup>31</sup> En *El Federalista* n° 49 Madison resaltó la propuesta de Jefferson, que decía que «siempre que dos de las tres ramas del gobierno concurren en su opinión, representada cada una por las voces de dos tercios de su número total, de que una convención es necesaria para alterar la constitución o corregir las fallas de ésta, una convención debe ser convocada con tal propósito».

<sup>32</sup> Dahl (1956, p. 13).

establecido. Finalmente, agregaría que «perturbar la tranquilidad pública» demandando a la ciudadanía su involucramiento en la resolución de algunos de los asuntos públicos de la comunidad no es necesariamente algo malo, como Madison sugería. Los radicales considerarían esta posibilidad como una meta adecuada dentro de la comunidad democrática. Además, incluso si la propuesta de Jefferson (de convocar a una convención) resultara (de alguna manera) «demasiado costosa», un defensor del gobierno mayoritario podría proponer la adopción de otras medidas «menos costosas», aún compatibles con el ideal del gobierno mayoritario y capaces de prevenir el riesgo de las usurpaciones mutuas. Incluso los controles «endógenos» pueden ser bienvenidos, siempre que no socaven la organización política mayoritaria.

En los párrafos previos, afirmé que podría ser importante fortalecer los controles «exógenos» para reducir los riesgos de abusos por parte de los representantes. También afirmé que esta iniciativa no necesita impedir el deseo de evitar los engrandecimientos legislativos. Sin embargo, todavía podría argumentarse en contra de esta preferencia de los controles «exógenos» sobre los «endógenos», afirmando que los primeros son inútiles como medios de prevenir los abusos mayoritarios sobre los derechos de las minorías. En las mayorías, uno puede razonablemente sostener, no puede confiarse como guardián de los derechos de las minorías. Los controles internos contramayoritarios parecen existir para asegurar estos derechos. Ésta es una respuesta muy común en contra de la posición mayoritaria, pero, nuevamente, necesita ser discutida mucho más cuidadosamente. Primero, no hay una conexión necesaria (como algunos pueden asumir) entre el establecimiento de controles contramayoritarios y la protección de los derechos de las minorías<sup>33</sup>. Teóricamente, la existencia de controles contramayoritarios es completamente compatible con las violaciones de los derechos de las minorías: la institución contramayoritaria puede afirmar y dar legitimidad a estas violaciones (por ejemplo, legitimar la idea de que los negros no son iguales a los blancos, como en el infame caso *Dred Scott*)<sup>34</sup>. Además, ni siquiera es claro que, en el largo plazo, la presencia de las instituciones contramayoritarias ayude a reducir la violación de los derechos de las minorías. Esta intuición parece ratificada por estudios contemporáneos sobre el rol judicial que muestran que «las cortes regularmente están más o menos alineadas con lo que quiere la coalición política nacional dominante»<sup>35</sup>. En adición, la autoridad final de esta institución contramayoritaria también pone los derechos de la mayoría en riesgo. De hecho, la historia nos ha dado muchos ejemplos de demandas razonables de la mayoría en defensa de derechos básicos que fueron detenidas por decisiones contramayoritarias irrazonables (por ejemplo, durante la llamada era de *Lochner*).

Ahora bien, puede ser cierto que los controles «endógenos» no sean tan eficientes (como son presentados algunas veces) protegiendo los derechos de las minorías. Pero, ¿qué hay de los controles «exógenos»? ¿No es verdad que ellos son

<sup>33</sup> Ver, por ejemplo, Waldron (1993).

<sup>34</sup> 60 US (19 How.) 393 (1857). Como afirmó Mark Tushnet, «la Corte Suprema en su mejor expresión es claramente mucho mejor que el Congreso en su peor expresión. Pero el Congreso en su peor expresión es mejor que la Corte en su peor expresión». Tushnet (1999, p. 56).

<sup>35</sup> Ver Tushnet (1999, p. 153). También, ver Rosenberg (1991).

concebiblemente más ineficientes que los controles «endógenos» para arribar a esta meta? Creo que la respuesta a esta pregunta no es clara. Según entiendo, la respuesta depende de (entre otras cosas) qué combinación de controles «exógenos» y «endógenos» defendamos y de qué tipo de controles «exógenos» adoptemos<sup>36</sup>.

En suma, en este punto debería ser claro que la defensa de un gobierno mayoritario no implica no dar importancia a controlar el ejercicio del poder público. Los mayoritarios pueden defender (como muchos de ellos, de hecho, defienden) el establecimiento de controles «exógenos» fuertes que pueden ser apropiados para controlar los excesos de poder y las violaciones de los derechos de las minorías<sup>37</sup>. Además, un defensor del gobierno mayoritario puede reconocer perfectamente (como muchos de ellos, de hecho, reconocen) la importancia de tener controles «internos», siempre que sean compatibles con un adecuado respeto del principio mayoritario.

#### IV. LAS PRECONDICIONES SOCIALES DE LOS SISTEMAS INSTITUCIONALES

En las páginas previas sostuvimos que no necesitamos asociar el establecimiento de un sistema mayoritario con la producción de decisiones «repentinas», «pasionales», «no reflexionadas», y finalmente «opresivas». La adopción de un sistema político más claramente mayoritario no es necesariamente incompatible ni con la producción de decisiones bien razonadas, ni con la posibilidad de tener un sistema de control adecuado sobre los representantes. En este sentido, podemos concluir que un sistema mayoritario es compatible con la preservación del Estado de derecho.

Sin embargo, creo que los radicales pueden incluso defender una propuesta más fuerte, esto es, una que afirme que la adopción de un sistema más mayoritario puede ser, inclusive, una condición necesaria para el fortalecimiento del Estado de derecho. Esta afirmación puede ser razonable si tomamos en consideración la importancia de tener un sistema mayoritario para evitar ciertas amenazas al Estado de derecho y, en particular, para evitar ciertas amenazas relacionadas con la «tiranía de la minoría». En defensa de esta afirmación, los defensores del sistema mayoritario pueden sostener lo siguiente.

Por un lado, la adopción de un sistema mayoritario puede ser importante para hacer que la voz del pueblo se escuche. La ley, podría argumentarse, necesi-

<sup>36</sup> Por ejemplo, para evitar la objeción contramayoritaria al Poder Judicial, podríamos evitar que tuviera «la última palabra (institucional)», si bien preservando un rol importante en la protección de los derechos de las minorías. Sólo para imaginar una posible solución, los jueces podrían «devolver» la ley cuestionada al Parlamento, haciendo obligatorio que reafirmen la ley por el voto de (por ejemplo) dos tercios de sus miembros para que siga siendo válida. Presentando este ejemplo, solamente quiero decir que existen maneras imaginables que permitirían preservar tanto las características mayoritarias del sistema político como nuestra preocupación por los derechos de las minorías. La *notwithstanding clause* de Canadá (que permite que una mayoría simple de la rama política del gobierno sancione una ley que sea inmune al escrutinio judicial respecto de ciertas partes de la Constitución) representa una alternativa contemporánea interesante al sistema «puro» de revisión judicial de Estados Unidos.

<sup>37</sup> Ver, por ejemplo, Amar (1994).

ta estar decisivamente informada por puntos de vista que no siempre encuentran un lugar significativo en las democracias liberales (dado, por ejemplo, el peso que tienen las instituciones contramayoritarias en estos contextos). Sólo para tomar un bien conocido ejemplo, el hecho de que desde el famoso caso «Lochner»<sup>38</sup>, el Poder Judicial haya invalidado las iniciativas económicas del gobierno de los Estados Unidos en más de doscientas oportunidades, bloqueando el *New Deal*, implica una seria falta de respeto por la regla mayoritaria<sup>39</sup>. Como sostuviera Jeremy Waldron, cuando uno ve a «cada persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, [uno está] dispuesto a confiar a la gente en *masse* con la carga del auto-gobierno»<sup>40</sup>. En este sentido, la *ausencia* de un claro sistema mayoritario puede implicar el reemplazo del Estado de derecho por el «gobierno de unos pocos» (o, al menos, puede aumentar enormemente esa indeseable posibilidad).

Por otro lado, el rechazo de los controles populares «exógenos» sobre los representantes (algo que parece implícito en la preferencia de los liberales por los controles «endógenos») puede aumentar otro riesgo serio e indeseable: el riesgo de que los representantes legislen solamente para ellos (el riesgo de alineación política). Cuando los ciudadanos tienen solamente un voto para «decir algo» a sus representantes sobre tantas cosas diferentes (sobre cientos de decisiones que los representantes ya adoptaron en el pasado, y sobre cientos de decisiones que serán adoptadas por ellos en el futuro cercano), el riesgo de la alineación política se torna evidente. El Estado de derecho, en este caso, tiende a ser fácilmente reemplazado por el «gobierno de los legisladores».

Ahora bien, aquellos que defienden la adopción del gobierno mayoritario como una condición necesaria para el establecimiento del Estado de derecho tienen que aceptar que una situación extendida de apatía política afecta al logro de sus metas. De hecho, para cumplir con su meta ellos *necesitan* una presencia ciudadana más activa: sin ella toda la idea de crear mecanismos políticos mayoritarios perdería la mayor parte de su atractivo. En efecto, aquellos que quieren ver «el elemento republicano del control popular impulsado al máximo de su ejercicio practicable»<sup>41</sup> —aquellos que quieren que el pueblo intervenga directamente en los asuntos públicos de su comunidad— no pueden ser ciudadanos políticamente indiferentes. Esta certidumbre, de hecho, llevó a muchos radicales a pensar sobre el sistema institucional en conexión con la organización social de su comunidad. Al respecto, ellos diferían de sus oponentes liberales, quienes proponían un sistema institucional aparentemente autónomo. Los radicales creían, como Robert Dahl explicó, que la visión liberal «exageraba la importancia de controles específicos a oficiales del gobierno por parte de otros oficiales gubernamentales específicos, para prevenir la tiranía», subestimando, entonces, la importancia de los frenos y contrapesos sociales<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> *Lochner vs. New York*, 198 US 45 (1905).

<sup>39</sup> Ver, por ejemplo, Sunstein (1990).

<sup>40</sup> Waldron (1993, p. 28).

<sup>41</sup> Jefferson (1999, p. 218).

<sup>42</sup> Dahl (1956, p. 22).

Fue Jefferson quien, probablemente, expresó esta postura mayoritaria del mejor modo. Por un lado, él afirmó su confianza en la adopción de ciertos controles institucionales (liberales). Por otro lado, sin embargo, enfatizó la importancia de adoptar un sistema político más mayoritario, y asegurar las pre-condiciones de su existencia. Más aún, Jefferson tuvo la oportunidad de desarrollar esta postura —y, por tanto, la base de su teoría constitucional— en una carta crucial a Madison, donde dio su opinión sobre la nueva Constitución<sup>43</sup>. En este documento, Jefferson i) estuvo de acuerdo con muchos de los controles «internos» constitucionalmente adoptados, ii) afirmó que la Constitución carecía de varios controles «exógenos» importantes (por ejemplo «el abandono en cada instancia de la rotación en los cargos de gobierno y, más particularmente, en el caso del Presidente»), y iii) hizo referencia a los requisitos sociales del sistema institucional. En este sentido, acentuó la importancia de dos iniciativas que consideró condiciones necesarias para el establecimiento de un sistema institucional adecuado: educar «a la gente común» y preservar el carácter «agrícola» del país usando «las tierras vacantes en cualquier parte de América»<sup>44</sup>. Expuso: «hay dos temas, de hecho, sobre los cuales clamaré un derecho a impulsar mientras respire, la educación pública y la subdivisión de los condados en distritos»<sup>45</sup>. Estas dos afirmaciones reaparecieron en muchos otros discursos y obras de Jefferson<sup>46</sup>. Obviamente, no necesitamos estar de acuerdo con todo el proyecto, o defender su postura particular sobre la sociedad agraria, para reconocer que Jefferson estaba resaltando algo importante: a saber, que un sistema institucional estable, capaz de producir decisiones imparciales, requería asegurar ciertas condiciones extra-institucionales. Nuevamente, los radicales podrían afirmar, la *ausencia* de estas condiciones sociales podría transformar el llamado Estado de derecho en el «gobierno de unos pocos».

La idea de que el mantenimiento del Estado de derecho requería asegurar ciertas precondiciones materiales también fue defendida en muchos países latinoamericanos por diferentes pensadores radicales. Una primera manifestación de esta postura, aunque muy rudimentaria, apareció en la región del Río de la Plata con José Artigas, un famoso caudillo que también era lector de Thomas Paine. Artigas mostró preocupación tanto respecto de la creación de un sistema político descentralizado y más democrático, como respecto de la fundación de este nuevo sistema en una economía más igualitaria<sup>47</sup>. Una expresión más articulada de esta misma postura se encuentra, por ejemplo, en Nueva Granada con el radical Murillo Toro, un intelectual muy activo, quien inclusive alcanzó la presidencia de su país. Famoso por sus debates con los pensadores liberales más importantes, Murillo Toro defendió una organización más democrática de la sociedad, basada en

<sup>43</sup> El mismo Jefferson enfatizó la importancia que él le atribuyó a su documento como la expresión de su teoría constitucional. Ver, por ejemplo, su autobiografía (ver Jefferson, 1999, pp. 354-5); o su carta al radical inglés Joseph Priestley, 19 de junio, 1802 (Jefferson, 1999, pp. 371-3).

<sup>44</sup> Jefferson (1999, pp. 360-3).

<sup>45</sup> Carta a Joseph Cabell, Enero 31, 1814. Jefferson (1999, p. 197).

<sup>46</sup> Ver, por ejemplo, sus cartas a Joseph Cabell, febrero de 1816, y a Samuel Kercheval, julio de 1816 y septiembre de 1816. Ver Jefferson (1999).

<sup>47</sup> Ver, en particular, su «Reglamento Provisorio de la Provincia Oriental para el Fomento de la Campaña», donde ordenó la redistribución de las tierras de acuerdo con las necesidades y esfuerzos de la clase baja. Ver, además, al respecto, Street (1959); Frega (1998); Sala, de la Torre y Rodríguez (1978).

la presencia de instituciones sociales y en una distribución más igualitaria de la propiedad. En su opinión, la propiedad tenía que ser distribuida de forma tal que permitiera a cada persona asegurar las condiciones de su propia existencia<sup>48</sup>. Una de las manifestaciones más claras de esta posición, en Latinoamérica, fue la del ecuatoriano Juan Montalvo –probablemente, la figura intelectual más importante de Ecuador durante el siglo diecinueve–. Por un lado, Montalvo contribuyó decisivamente con la creación de bases y organizaciones sociales muy influyentes en su país (por ejemplo, organizaciones tales como la famosa «Sociedad de El Quinceño Libre» o la «Sociedad Republicana»), y representó una de las voces ecuatorianas más importantes en defensa de la democracia. Por otro lado, como Thomas Jefferson, él asoció el establecimiento de un sistema democrático con la difusión de la educación pública y una distribución igualitaria de tierras<sup>49</sup>.

Todos estos líderes políticos compartían una preocupación común por los requerimientos sociales de la organización institucional. Seguramente, muchos de ellos también creían que el requerimiento de una sociedad más igualitaria era necesario para fortalecer los lazos afectivos entre los miembros de la comunidad, adoptar una sociedad más fraternal, o incluso favorecer el surgimiento de una «voluntad general». Sin embargo, para el propósito de este trabajo podemos ignorar esa información. Lo que necesitamos enfatizar es que todos los testimonios examinados parecen asumir que una sociedad desigual con una masa de ciudadanos empobrecidos encuentra graves dificultades para producir decisiones imparciales y objetivas. Finalmente, uno podría concluir que una sociedad desigual es incapaz de asegurar la primacía del Estado de derecho.

## CONCLUSIONES

De las consideraciones previas resaltaré las siguientes conclusiones: primero, parece teórica y prácticamente posible defender el modelo de sistema político mayoritario sin defender, al mismo tiempo, la regla de las «mayorías sin control». Segundo, no parece ser cierto (como muchos liberales parecen asumir) que el sistema político liberal pueda ser transformado en uno mayoritario simplemente restringiendo el rol y poderes del Poder Judicial, o aumentando los poderes del Poder Legislativo. Un sistema político mayoritario, como sostuviera Jefferson, es uno que aumenta la presencia «del elemento de elección popular y control en [su] composición». Y, parece claro, no hay una conexión obvia entre las dos primeras iniciativas mencionadas y el objetivo último defendido por Jefferson (por ejemplo, como resultado de la distancia existente entre los representantes y el pueblo). Tercero, un gobierno mayoritario, como lo definimos, no es incompatible con la preservación del Estado de derecho. Más aún, él mismo puede ser visto, aún, como condición necesaria para evitar el gobierno discrecional de unos pocos. Uno podría afirmar, en este sentido, que tratando de prevenir los males de la «tiranía de la mayoría» (o «anarquía») los «Padres Fundadores» se olvidaron

<sup>48</sup> Molina (1973).

<sup>49</sup> Ver, por ejemplo, Roig (1984); y Montalvo (1960).

de la «tiranía de los pocos». Para evitar este último mal puede ser importante fortalecer las características mayoritarias del sistema político (algo que parece también ser valuable *per se*). Finalmente, sugeriría que, para mantener y mejorar el Estado de derecho<sup>50</sup>, puede ser necesario asegurar ciertos requerimientos sociales, a saber, un determinado nivel de educación, como también una satisfacción general de ciertas necesidades básicas. Aquellos que no dan importancia a estos requerimientos sociales no parecen reconocer cuánto afecta su ausencia a la estabilidad y calidad del sistema legal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adams, J. 1946. *The Selected Writings of John Adams*. Ed. A. Koch y W. Peden. Nueva York: A. Knopf.
- Amar, A. 1994. «The Consent of the Governed». *Columbia Law Review*, vol. 94, n. 2.
- Ames, S. 1983. *Works of Fisher Ames*. Indianapolis: Liberty Classics.
- Basadre, J. 1969. *Historia de la República del Perú, 1822-1933*. Lima: Editorial Universitaria.
- Baylin, B. 1922. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Blaustein, A. y Sigler, J. 1988. *Constitutions That Made History*. Nueva York: Paragon House Publishers.
- Butterfield, L. (ed.) 1951. *Letters of Benjamin Rush*. Princeton: Princeton University Press.
- Chipman, N. 1833. *Principles of Government: A Treatise on Free Institutions*. Burlington: Edward Smith.
- Cronin, T. 1999. *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Dahl, R. 1956. *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Elster, J. 1993. «Majority Rule and Individual Rights». En S. Hurley y S. Shute (eds.), *On Human Rights*. Nueva York: Basic Books.
- Farrand, M. 1937. *The Records of the Federal Convention of 1787*. 4 vols. New Haven: Yale University Press.
- Frega, A. (1998) «La virtud y el poder. La soberanía particular de los pueblos en el proyecto artiguista». En N. Goldman y R. Salvatore (comps.). 1998.
- Goldman, N. y R. Salvatore. (comps.). 1998. *Caudillismos Rioplatenses. Nuevas Miradas a un Viejo Problema*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Jefferson, T. 1999. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press.

<sup>50</sup> En este sentido, comparto la postura de O'Donnel del Estado de derecho como un «horizonte en movimiento». Ver Méndez, O'Donnel y Pinheiro (1999).



- Jensen, M. 1967. *The New Nation. A History of the United States During the Confederation, 1781-1789*. Nueva York: A. Knopf.
- Lutz, D. 1988. *The Origins of American Constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana University Press.
- Lynch, J. 1992. *Caudillos in Spanish America, 1800-1850*. Oxford: Clarendon Press.
- Madison, J. 1975. *The Papers of James Madison*. Ed. R. Rutland y W. Rachal. Chicago: University of Chicago Press.
- Méndez, J., G. O'Donnel y P. Pinheiro (eds.). 1999. *The (Un)Rule of Law & the Underprivileged in Latin America*. Indiana: University of Notre Dame Press.
- Millar, J. 1967. «Hamilton: Democracy and Monarchy». En J. Cooke (ed.), *Alexander Hamilton. A Profile*. Nueva York: Farrar Straus Giroux.
- Molina, G. 1973. *Las Ideas Liberales en Colombia, 1849-1914*. Bogotá: Colección Manuales Universitarios.
- Montalvo, J. 1960. *Juan Montalvo*. Puebla: Editorial J. M. Cajica.
- Paine, T. 1995. «To the Authors of *The Republican*». En *Collected Writings*. Ed. Eric Foner. Nueva York: Library of America.
- Paz-Soldán, J. 1954. *Las Constituciones del Perú*. Madrid: Ediciones Cullena Hispánica.
- Portales, D. 1937. *Epistolario de Don Diego Portales*. Santiago de Chile: Ministerio de Justicia.
- Raz, J. 1977. «The Rule of Law and Its Virtue». *Law Quarterly Review*, 93.
- Reyes, O. E. 1931. *Historia de la República*. Quito: Imprenta Nacional.
- Roig, A. 1984. *El Pensamiento social de Montalvo*. Quito: Editorial Tercer Mundo.
- Romero, J. 1976. *Pensamiento Conservador, 1815-1898*. Caracas: Biblioteca de Ayacucho.
- Rosenberg, G. 1991. *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- Sala de Touron, L., N. de la Torre, y J. Rodríguez. 1978. *Artigas y su revolución agraria, 1811-1820*. México: Siglo XXI.
- Shaeffer, J. 1974. «Public Considerations of the 1776 Pennsylvania Constitution». *Pennsylvania Magazine of History and Biography*, vol. 98, n. 4.
- Sherman, M. 1991. *A More Perfect Union: Vermont becomes a State, 1777-1816*. Vermont: Vermont Historical Society.
- Street, J. 1959. *Artigas and the Emancipation of Uruguay*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sunstein, C. 1990. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Taylor, J. 1814. *An Inquiry into the Principles and Policy of the Government of the United States*. Virginia: Green and Cady.
- Tushnet, M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Vile, M. 1991. «The Separation of Powers». En J. Greene y J. Pole (eds.), *The Blackwell Encyclopedia of the American Revolution*. Oxford: Basil Blackwell.
- Waldron, J. 1993. «A Right-Based Critique of Constitutional Rights». *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n. 1.

- Walsh, C. 1969. *The Political Science of John Adams: A Study in the Theory of Mixed Government and the Bicameral System*. Nueva York: Freeport.
- Webster, N. 1788. «Examination of the Constitution of the United States». En P. Ford (ed.), *Pamphlets on the Constitution of the United States*. Nueva York: Burt Franklin.
- Wood, G. 1969. *The Creation of the American Republic, 1776-1787*. Nueva York: W.W. Norton.